CAROLI ALEXII PISANI

SACRI CONSISTORII ADVOCATI

DISSERTATIO

DE FIDEICOMMISSIS.



ROMÆ MDCCLIX.

Ex Typographia Joſephi & Philippi de Rubeis apud Pantheon.

SVPERIORVM PERMISSV.

Digitized by Google

120

Digitized by Google

SANCTISSIMO DOMINO NOSTRO

CLEMENTI XIII.

P. O. M.

CAROLUS ALEXIUS PISANUS.

Q*Uum Benedictus XIV. P.O.M. me nihil tale ſperare, ac ne cogitare quidem auſum in Ampliſſimum Ordinem Sacri Conſiſtorii Advocatorum retuliſſet; jamque, ut eſt in more poſitum, diſſertationem de Fideicommiſſis ejus ſub auſpiciis propediem eſſem editurus, accidit, ut Optimus, ſapientiſſimuſque Pontifex extremum diem obierit. Sed mœrore, quem tanti Pontificis amiſſione concepimus, haud ita multo poſt ſingulari DEI beneficio le-*

Digitized by Google

vati ſumus, cum Tu, BEATISSIME PATER, *universo Orbe plaudente, Pontifex es renunciatus, cujus eximiæ virtutes, in primiſque adverſus DEUM religio, comitas, in pauperes liberalitas, in omnes virtute, & morum honeſtate præditos amor in omnium ore verſantur: Patere igitur, ut, dum delatam Tibi divinitus hanc dignitatem, ſummumque in terris honorem omnes gratulantur, mea hæc diſſertatio Tuo inſcripta Nomini lucem adſpiciat. Difficile eſt, fateor, argumentum pro dignitate tractare, quod apud eos, qui in forenſi palæſtra verſantur, aut e ſubſelliis de jure reſpondent, pervulgatum quum ſit, & in quo explicando Juris Interpretes etiam magni nominis bene multi inſudaverint; tamen illud ad penitioris Juriſprudentiæ cognitionem pertinere omnes conſentiant. Id quod ad me excuſandum, ſi forte erravero, ſat eſſe cenſeo. Exiguum profecto eſt munus hoc, quod Tibi offero*, PATER BEATISSIME, *nec dignum ſapientia Tua, vel Summi Pontificis Majeſtate; ſed inter communia vota feliciter mihi ſucceſſit, ut ego quoque publica hac declaratione Tibi gratulari valeam.*

Digitized by Google

SIqua ſunt in Jure Civili aut operoſius inveſtiganda, aut excutienda uberius, & accuratius, ea potiſſimè videntur eſſe, quæ Hominum decedentium voluntates ad benemerendum de ſuperſtitibus comparatas ampleċtuntur. Sive enim ſit amor ſui, ſive liberalitas, quibus impellantur Univerſi, ità comparatus eſt Mortalium animus, ut dum imminere mortem ſentit ad ceteros convertatur, quos vult ea habere, in quibus dum vivebant ſuæ felicitatis partem, vel totam collocaverant. Quum enim perpetuo ſupereſſe nequeant, vitam quodammodo producere cogitant, dum in poſterorum memoria verſantur, atque adeò Amor ſui ipſius in cauſa eſt, quare ad ſuperſtites res ſuas delatas velint: Ad liberalitatem quoque exercendam erga alios Natura ducimur; quare & illud efficitur, ut erga eos, quos cariſſimos, dum vivimus, habemus, propediem morituri eamdem exerceamus.

Itaque conſtituta inter Homines ab initio rerum proprietate, ſeu ab induſtria primi Occupantis (1), ſeu a communi Gentium conſenſu (2) ad jurgia, & conten-

(1) *Lock de Civ. Reg. cap. 4. n. 5. & ſeqq.*

(2) *Grot. de Jur. Bell., & Pac. lib. 2. §. 2. Puffend. de Jur. nat., & Gent. lib. 4. cap. 4. §. 4. & ſeqq.*

tiones inter Homines amovendas, & ad humanæ ſocietatis columen, atque tutelam repetenda, nullum luculentius erga alios benevolentiæ ſignum exhiberi potuiſſe perſpicuum eſt, quam ut proprio labore, atque induſtria parta a ſingulis Bona in eos transferre poſſent, per quos ad ſe ſe redire quodammodo viderentur.

Statim igitur in id converſa fuerunt conſilia, pervaſitque animos ea in primis ſollicitudo, ut quamdiù vivi, homineſque ſumus, noſtra nobis ſarta tecta ſervemus. Defuncti autem non ea quidem jam tum, cum vitæ nobis uſura deeſt, quo tempore nec amplius velle, nec poſſe amplius, qui deceſſere exploratum eſt, deferamus, ſed in anteceſſum, & adhuc incolumes ſtatuamus deferri poſtmodum ad ſuperſtites, ſub una, & altera conditione eo defectura, aut extitura momento, quo mors contigerit, quæque, ut extitit, aut defecit, retrahatur oportet ad ſui initium, nulla obducta fictione juris, ſed ex qualitate, ac natura actus, agentiſque animo ſic affecto, ut vel ab ipſo rei geſtæ exordio, ſub conditione altera ademptum, ſub contraria datum omninò velit.

Suprema enim judicia hominum ſeduIo ſi perſcrutemur, ſtatim apparet obnoxia eadem eſſe tribus potiſſimis conditionibus, quæ tacitè ineſſe dicuntur actui, & quibus pendentibus in ancipiti, is quoque pendet, imperfectus quidem ex incerto adhuc eventu rei, qui conſenſui moram facit, at non ideò prorſus iners, & inanis: Quia ſicuti conſenſus deeſſe penitus, conditione defecta poteſt, ita ea exiſtente adeſſe, & expleri actus ex rei exitu, quæ vis eſt, ac natura inſita conditioni. (1)

Nam

(1) *Grot. de Jur. B. & P. lib. 2. §. 15. n. 17., Puffendorf. de Jur. nat., & Gent. lib. 3. cap. 8. Barbeyrac. ib. Domat. Loix Civil &c. part. 1. lib. 1. tit. 1. ſect. 9. Thomaſ. Inſtit. Juriſp. Divin lib. 2. cap. 7. §. 95. & ſeqq.*

Nam ea quoque accedente actui, vult ſane quilibet ſciens prudens, quia vult, nullo cogente, ut velit, & hoc non alio modo velit, atque adſentitur deliberato animo in id, quod agit; Is ergo, qui per Teſtamentum in alium Bona transfert ſua, adſentitur quidem; ſed niſi contingat eum pænitere ſuæ voluntatis, nec voluntatem, ſed voluntatis effectum differt in incertum tempus futuræ mortis, quæ duæ caſus, temporiſque adjectiones, quarum utraque pendet ab incerto exitu rei futuræ, altero incerto *ſimpliciter* (1) ut loquuntur, altero incerto *ſecundum quid*, conditiones perſpicuè ſunt, atque ut afficiunt, ac morantur conſenſum, ita quum primum extitere, perficiunt, (2) actumque hactenus fluctuantem inter conſiſtentiam, & nullitatem, ita veſtiunt, ut expletus ex parte agentis omninò ſit; nihilque aliud ad abſolutum ſui robur, firmitatemque exigat, quam ex parte altera aſſenſum ejus, in quem dirigitur, ut ex utroque in idem elicito, & quaſi in unum coaleſcente utriuſque placito, in conventionem mox abeat, & cujus hactenus fuit expers, nanciſcatur utrinque pondus, obligationi pariendæ aptum. In quo nemo non videt, verſari tertiam æquè dilucidam, quæ poſtremæ voluntati ineſt, incerti exitus conditionem, quia incertum peræque eſt, an exitum quoque ſit habitura voluntas ex parte heredis, perſtitura dumtaxat, eo adeunte, defectura vero, ac ceſſura in irritum, eo prædefuncto, ſeù repudiante.

Et hæc potiſſima eſt cauſa, cur tempus ſubſequens aditionis retrahatur ad antecedens, quo mors contigerit; hoc enim momento ſolus obeuntis actus abſolvitur,

 he-

(1) *Vinn. Comment. in Inſtit. Civ. de hered. Inſtit. §. 9. n. 5., & 6. ff. de condit. Inſt. Papinian. Leg. 75. ff. de condit., & demonſtr.*

(2) *Pomponius in L. Si Pupillus 26.*

heredis pergit manere anceps, adeòque ut primum is quoque emergit, coëant oportet hi duo conſenſus, revocato altero ad momentum, quo prodiit alter, ut ex utriuſque concurſu res conficiatur, atque ex ea oriri obligatio poſſit, ſeu quod unum, idemque eſt, redeat conditio ad exordium ſuum, & perindè ac ſi adjecta non eſſet, evaneſcat, ac dilabatut ab eo momento, quo defectis aliis, ea ſola ſupereſt, ratione in primis, ac natura actus conditionalis, ità exigente, ne per intervallum, quo ab obitu aditio diſtat, contra voluntatem defuncti deſit, qui jure capiat ab eo relictum, ejuſque acceſſiones, & incrementa, quique etiam ſubeat incertam aleam decrementorum, & deceſſionum.

Porrò homines, ut natura imbuti plerique omnes, ductique ſunt, ingruente primum vitæ diſcrimine, deindè ut aſſolet experrecti cogitatione mortalitatis, cæpere identidem ſua, dum probe norant, haud retinere diutius ea poſſe, modo præſentibus, modo abſentibus elargiri, prout occaſio tulerat nulla ſtata condicta forma, ad tuendam patefactam voluntatem, ſed freti tantummodo adſtantium fide, ut tum innocui mores falli, & fallere prorſus neſcii. Quæcumque autem peragebantur erga præſentes, quæ donationes ex cauſa mortis vi ſua ſunt, alia nomen priſtinum rei conveniens retinuere, abiere alia deinceps in Teſtamenta, quæ verò relinquebantur abſentibus, procedente tempore Fideicommiſſa (1) Romano Jure ſunt appellata, propterea quod neceſſe erat alienæ fidei committere exitum voluntatis, atque uno verbo rogare adſtantes, ne paterentur ſpe ſua decidere moriturum, eo præſertim ignorante, in quem liberales ſe ſe præbere volebant.

Quem-

(1) *Scripſere de Fideicom. Mæcianus, Valens, Cajus, Ulpianus, Paulus, quæ toties iterata tractatio materiæ ubertatem arguit.*

Quemadmodum verò Fideicommiſſi verbum haud ita pridem, quàm abiiſſet in uſum legis, invectum eſt, ità nil mirum ſi apud vetuſtiſſimos Exoticarum rerum Scriptores, ne demptis quidem Sacris Codicibus Hæbreorum, nulla quoque mentio incidit Teſtamenti, eo ſenſu uſurpati, quo ſuprema decedentis vota complectitur, quia inoleverat quidem vel ab ineunte dominio uſus, ac rei ſubſtantia, inſculpta animis a natura; deerat tamen incongrua adhuc ſubſtantiæ vox, inducta poſterius ex rei forma, quam neceſſitas ipſa expreſſit.

Nam ſimul ac gliſcentibus vitiis deſerbuere priſtini mores, atque increbeſcente malitia, ab innocentia, & ab honeſtate deſcitum eſt, inceſſit animos quoque aviditas potiundi rebus, boniſque alienis, quibus clanculum diripiendis, nullus paratior patebat aditus, nulla expeditior perfidiæ via, quam intercipere morituri Sententiam, aut uni ſibi remotis Arbitris nuncupatam, aut aliis etiam accitis proditam, ſed his quoque cum nuncupante e medio ſublatis, adductis ſcilicet rebus in eum caſum, quo nemo injuſtè occupantem perfidiæ, & mendacii poſſet arguere.

Hæc in cauſa fuere, cur ſapientiſſimi omnium, ac peritiſſimi Conditores Civilium Legum, qui ſenſa hominum probe noverant, naturale arbitrium rerum noſtrarum, collatum in tempus adeò technis, doliſque obnoxium, ne in criminis occaſionem, quam facile iniquiores arriperent, proſiliret, coercendum duxerint intra fines, quos prætergredi non liceret. Factum ergo eſt, ut voluntas explicaretur deinceps certo modo, certiſque adſcitis in id perſonis, quarum religio, fideſque foret, veluti teſſera veritatis. Quæ inita ratio Teſtamento nomen a teſtatione, formamque a verbis, rituque præbuit.

Haud

Digitized by Google

Haud ergo cuilibet voluntati, quæ eliceretur in caſum mortis, ſed legitimæ, & juſtæ tantum acceſſit pondus Civilis Juris, juſſis reliquis contineri fræno pudoris, & honeſtatis, quo antea ſolo pleræque omnes continebantur.

Quoniam verò Romanorum Juriſprudentia aliquanto, ut fit, ab initio tetrica, & ſcrupuloſior; myſtica tamen, ac momentoſa, utpotè rarò a ratione devia, & ad ſenſa Hominum penitiora, gentiſque indolem mire exacta, inniti cœpit, coaluitque quibuſdam principiis, ac fundamentis, qua philoſophicis, qua politicis, a quibus tamquam tutiſſimis Juris regulis, vel hilum deſciſcere nefas eſſet, atque eo in primis certo principio, quo rite conditum *Teſtamentum univerſam complecteretur hereditatem*, ità videlicet, ut *nemo decedere, qua teſtatus, & qua inteſtatus*, ac *nemo eſſe pro parte heres pro parte non eſſe de jure poſſet*. Hinc neceſſitate cogente obtinuit, ut voluntas collata in alterum, tam ſeorſim a Teſtamento, quàm non eo modo, quo leges juſſerant, commendaretur hæredis fidei, cujus arbitrium pro lege fuit, ne eo adacto ad obtemperandum, ſubverterentur jura Teſtamentorum, ac potentior lege voluntas eſſet.

Acceſſit ſubinde Cenſura Juris arcentis ſanè multos a facultate capiendi aliquid, aut capiendi ſolidum ex Teſtamento, quibus propterea, quum intercedente ſanctione Legum, nec deferri hereditas poſset, nec legari quicquam ex ea decerptum, quicumque ad eos pervenire vellet, aut univerſam hereditatem, aut ejus partem, is verbotenus, ne in leges committere videretur, ſcribere cœpit ex aſse heredes, qui ritè inſtitui, palamque capere tuto poſsent, rogatos tamen, ne, ut cum bonis bene agier oportebat, interpoſitam fidem fallerent,

ſed

ſed ejus ſequeſtres, & quaſi vades, reſtituerent alteri ex bono, & æquo, quod ut *adſcititii*, fictique hæredes, non tam dominii jure, quam religione depoſiti percepiſſent.

Sed his etiam *commendationibus* mortuorum, (1) ut nondum invecto Fideicommiſſi nomine, dicebantur, abrogata non raro fides deinceps eſt, quouſque temere, ac diu vagantes inter perfidiam, & honeſtatem, eas quoque Auguſtus (2) abire juſſit in auctoritatem Juris Civilis, quo primum tempore Fideicommiſſi nomen conflatum eſt. Romani enim Juris Conſulti, plerique imbuti doctrina, ac moribus Stoicorum, quos Cicero Architectos verborum vocat, (3) ut ab iis plura ſunt mutuati, invexere etiam in Juris artem novum hactenus rei vocabulum, non adſcitum peregre, nec inconditum ad rei proprietatem luculentius exprimendam.

Quæ ergo hactenus commiſſa in dies alienæ fidei, nullo juris externi vinculo obnoxia fuerant, nullamque civilem obligationem, actionem nullam, in invitos proditam, diu pepererant, ea quoque quum nacta eſſent perfectum robur, conceſſere in Legis neceſſitatem, ex quo ut legitimè, ac plenè debita præſtarentur.

Ex his itaque, ſi quis rem ſedulo animadvertat, ſatis opinor, ſuperque patet, Fideicommiſſa, nullo præeunte eorum cunabulis jure ſcripto, uſurpari cœpta naturæ vi, moribus gentium inoleviſſe, adeòque excitata, ac profecta eſſe ab eo omnium communi Jure, quod naturalis ratio conſtituit, quodque explicarunt deinde Gentes, ut receſſere primum a Communione, quam negativam plerique appellant. Nituntur enim hominum fide,

(1) *Cic. de Finibus lib. 3. cap. 20. & de Codicill. in pr. Theophil. ibid.*
(2) *Inſtit. tit. de Fideic. hæred. §. 1.,* (3) *Eod. lib. 3. cap. 20., & in Brut.*

ſide, ad quam ſervandam maximè impellimur, non ſuadente ratione tantum, ſed præcipiente, ne quod iniquum, ac turpe eſt, ſidei depoſitum fraudemus. (1) Hinc Seneca (2) *Religioſum* vocat, *Sanctumque Virum, qui diligenter, ac circumſpectè tueri ſolet Fideicommiſſa*. Homerus (3) quoque, cujus teſtimonio præcipuè in iis, quæ ad adſtruendum Jus gentium pertinent, perſæpè utuntur Juris Auctores, inducit Andromacham ſuper exanime corpus Hectoris ejulantem, ac de eo ſollicitam, dolentemque, quod moriens non porrexerit ei manum, quam ſidei ſymbolum eſſe conſtat, (4) nec illi exciderit ullum verbum, cujus geſtura defuncto morem, recordaretur, quem locum ſcite Plutarchus (5) ad extrema Mandata, Fideique commiſſa refert. Eoque magis, quod pudore dicuntur ea contineri: Sic apud Comicum Pamphilus, ut rem ſuæ commiſſam ſidei peragat, ſe commoneri, & commoveri (6) pudore, ait: Pudor autem, ac verecundia, ut excitantur ab honeſtate, ità a jure naturæ ſunt. (7) Accedit, in Libris Juris Fideicommiſſa ad pietatem paſſim referri, quod verò pietatis officio impenditur, id certè impendi natura conſtat. (8)

Non omittam, quamdiù etiam ſolemnes Formulæ obtinuere, quibuſcumque concepta verbis ea conſtitiſſe (9), quod manifeſtum indicium eſt, Conſultis quoque Romani Juris fuiſſe compertum, & exploratum, recenſenda eſſe Fideicommiſſa inter ea, quæ pertinent ad Jus gen-

(1) *Leg. 1. ff. de Conſtit. pec. Leg. 1. §. 4. ff. depoſ. cap. 1. de Pact.*

(2) *De Tranquillit. Vit. lib. 2.*

(3) *Iliad. circ. fin.*

(4) *Servius 3. Æneid. verſ. 607. & 611. Plin. lib. 11. cap. 25. Et ex illa Terentiana Myſi, quæ per apprehenſam Pamphili dexteram ejus ſidei Glicerium committit.*

(5) *In vit. Homer.*

(6) *Inſtit. tit. de Fideicom. Hered. §. 1.*

(7) *Paul. lib. 35. ad Edict. Leg. 14. §. 2. ff. de ritu Nupt. Cic. & Senec. loc. cit. Tertullian. lib. ad Uxor. in princ.*

(8) *Leg. 95. §. 4. ff. de ſolut.*

(9) *Ulpian. Fragm. 25. §. 9. leg. 11. in princ. ff. de legat. 3.*

gentium, nec ideò oportere, ut ad inſtar earum rerum, quæ aut erant prorſus Juris Civilis, aut condictam. ſtatamque formam ab eo receperant, latinè conciperentur, ut Civilia pleraque concipiebantur. Diſerto Cato, (1) *Teſtamenta, Commendationeſque* obeuntium, ex naturali affectione animorum manaſſe, ait: Commendationum vero nomine Fideicommiſſa intelligi, per ſe patet, teſte etiam Tertulliano (2), qui ſuprema decedentium monita Fideicommiſſa diſertè vocat.

Sed nec alia deſunt argumenta, ex quibus vel inviti fateri cogimur ea eſſe a natura profecta. Quum enim nondum Civilis Juris firmitatem haberent, licet ad agendum non prodeſſent, proderant tamen ad excipiendum, ità nimirum, ut ſi quando ex fide reſtituerentur, quacumque Indebiti Condictione ceſſante, nulla repeti actione poſſent, (3) cederentque pleno, ac perfecto jure, cui ſolvebantur, quod ut eſt evidens argumentum naturalis obligationis Fiduciarii perſonæ hærentis, ita evidentiſſimum quoque eſt, Fideicommiſſorum primordia a Jure Gentium eſſe arceſſenda. Traditio enim, cui cauſa deeſt, jura dominii transferre nequit; cauſa vero, ſeu Juris vinculum, tunc Civile certe non aderat, naturale ergo adfuiſſe oportuit, quippè hoc inſuper deficiente, actus, qui geritur, nullus eſt, ex eoque competit ei, qui dedit, repetitio rerum indebitarum, nec traditione propterea in alterum, deficiente titulo, tranſeuntium (4).

Nec movet, quod ſi naturæ obligatio aderat, ea profuiſſet etiam ad agendum, quum is vere tantum de-

(1) *Apud Cic. eod. lib. de Fin.*
(2) *Laud. lib. ad Uxor.*
(3) *Leg. 12. ff. de condit. Jud., L. penult. ff. Quod quiſque Jur. Leg. 27. Leg. 34. de negoc. geſt.*
(4) *Leg. 27. de uſu, & uſufr. legat. Leg. 54. ff. de condict. Indeb.*

debeat, a quo exigere invito licet (1), non licuit autem tunc ab invito, ergo non extitit verè debitor, ac proindè repeti ab eo potuit, quod per errorem ſolutum fuerat.

Nam Jure tantum Civili inſpecto, ſtrictè debitor intelligitur, qui compelli ad ſolvendum poſſit. Conſulunt enim Civiles leges præſidio actionum Civili dumtaxat obligationi, ſeu mixtæ; naturali ſæpè non conſulunt, niſi ſola exceptionis ope, qua ſe Creditor tuetur, quæque æquitate incolumi tolli nequit (2). Ex quo ſatis, ſuperque liquet, ubi exceptio de jure adeſt, ibi debitum quoque adeſſe (3), ac vel tum noviſſe Juris Conſultos, ex Fideicommiſſis oriri palam, ut verè oritur, obligationem planè ſimilem obligationi initæ ex nudo pacto, a pupillo, qui doli eſt capax, atque adverſus Macedonianum, & Vellejanum, quas a natura peræque omnes prodire conſtat, ſed nullo niti præſidio Juris, adeòque prodeſſe unicè ad excipiendum, non ad agendum.

Ad hæc: per Fideicommiſſa illudere olim impunè licuit cuicumque legi prohibenti capere ex Teſtamento, ne dempta quidem Voconia (4) ipſa, qua fœmina inſtitui ex aſſe hæres prohibebatur; Tanta erat religio, ac pudor ſervandæ fidei, ex injecta animis certitudine, ad Fideicommiſſa reſtituenda impelli natura eum, qui honeſtus eſt. (5)

Interea, ne, adjecta Fideicommiſſis Civili etiam obligatione, qua dudum penitus caruere, ſubverterentur

(1) *Leg. 6. §. 4. ff. de Fidejuſ. Leg. 108. ff. de V. S.*

(2) *Leg. 1. §. 17. ff. ad Leg. Falcid.*

(3) *Leg. 59. ff. de Condict. indeb.*

(4) *Cic. lib. 1. in Verr. cap. 47. lib. 2. de Finibus cap. 17., & 18., Valer. Max. lib. 4. cap. 2. num. 7. Quintil. Declam. 325., Senec. lib. 3. Controv. 16. Plin. lib. Epiſt. 79.*

(5) *Naturalis obligatio ſua habet vincula pietatem, pudorem, æquitatem Leg. Si Fidejuſſor. ff. de condict. indeb. Chiflet. de Jur. Fideicom. lib. 2. cap. 2.*

tur temere, & inconſulto recepta jura Teſtamentorum, quæ ut obnoxia ſolemni formæ, & complexa hactenus Succeſſionem planè univerſam, aut ſtatim exoleviſſent, aut deſciviſſent prorsùs a ſemetipſis, ea inita ratio eſt, qua providè conſtituto diſcrimine inter directa, & obliqua verba (1), ſeu, quod idem perindè eſt, inter Civilia, ac precaria tantum, non obducta quidem figmento Juris, ſed petita ex intrinſeca rei vi, & altera propria Teſtamentorum, Fideicommiſſis altera conſona, maneret utriuſque integrum cum natura priſtina ſtatum robur: In quo ſanè mirari ſubit junctam doctrinæ, ac prudentiæ parem Juris Conſultorum illius ævi dexteritatem, & perſpicaciam. Ex eo proceſſit, Fideicommiſſa non præcipiendi modo, id quod nec verbo, nec rei convenit, neque ad inſtar dicendæ Legis, quod jure XII. Tabularum Teſtamento dumtaxat ſolemne fuit, ſed concipienda precatio eſſe, ac mandari poſſe tum Teſtamento, tum ſeorſim etiam ab eo inſtitui, ita tamen, eaque norma, ac cenſura Juris, qua ne in Leges committeretur, neve Teſtamenti cauſa, ex univerſa, ut antea erat, partiaria fieret, nec deinceps teſtati ſimul, & inteſtati, quod pro monſtro fuit, hodieque eſt; impune decedere homines poſſent, ad Teſtamentum confluerent omnia, ex eoque heres dominium rerum univerſarum nanciſceretur utique, ſed ea lege, ut vel invitus, & ægreferens quicquid commiſſum ſuæ fidei fuerat, reſtituere alteri teneretur, adeoque dominium miniſterio juris ad ſe delatum, traditione transferret in accipientem, quem Teſtator noluiſſet heredem, aut Legatarium, ſed advocaſſet extrinſecus in conſortium rerum ſuarum.

Ita

(1) *Ulpian. in Fragm. de Fideic. in princ.*: Fideicommiſſum eſt, quod non Civilibus verbis, ſed precative relinquitur, nec ex rigore Juris Civilis relinquitur, ſed ex voluntate datur relinquentis. *Vid. Cuji Inſtit. lib. 2. tit. 7. Paul. Recept. Sent. lib. 4. tit. 1.*

Ita res ergo tranſacta eſt, ut legi ſimul, ac voluntati conſuleretur, quæque prius collidebantur ad invicem, convenirent, & altera alteri ferret opem. Atque ut voluntati, quæ in humanis actibus dominatur, ſua ratio eſſet, & quidem potior, qua tamen incolumi Lege licuit, conſulto etiam receptum eſt, nedum Teſtamento, ſed extra quoque, rogari ſcriptum heredem poſſe, ac poſſe inſuper ab inteſtato legitimum, cui æque ac ſcripto, ſeu nuncupato, incumberet onus reſtituendi, quod fidei eorum committeretur, in iſto quoque ſervata regula priſci juris, ne Succeſſio ſcinderetur in partes, ſed tam teſtata, quàm inteſtata, tum universè procederet, totamque Familiam complecteretur, tum per ſe tantum conſtare poſſet, nec altera alterius concurſum pati. (1)

Nec diù poſt, niſi etiam ſub ipſa cunabulà rei obtinuit, ut voluntati Lex indè mitior, & indulgentior, aliquanto latius obſequeretur, ac Fideicommiſſi favor ità perrexerit propagari, ut ſpretis apicibus, ac rigore, quo rei diſcrimen in verbis aderat, hæc inflecti ſubindè cœperint, ac relicta extra Teſtamentum per modum quoque dicendæ Legis, directo quidem, intercedente ratione juris, non deberentur, ſed ea etiam deberi cœperint jure obliquo, & ab herede, perinde ac ſi Fideicommiſſo oneratus eſſet expreſſis verbis; ex bono, & æquo reſtitui, undè videntur mihi in errore verſari, qui id invectum non antea putant, quam Legata, ac Fideicommiſſa tandem æquaverit Juſtinianus, eodemque Jure cenſeri juſſerit.

Præterquamquod enìm palam liquet, id longè antiquius obtinuiſſe, nulla tum cauſa, tum ratio ſuppetit, cur

(1) *Cajus Inſtit. tit. de Fideic. §. 8. Ulp. ibid. §. 4. & ſeq.*

cur Fideicommiſſis in neceſſitatem legis vix ire juſſis, ea non acceſſerit, quoque vis, qua non adjecta, ſatis adhuc infirma, ac fluxa, ex juris apicibus, verborumque cortice ea manſiſſent; ac ſæpe voluntas, cui erat in animo plene conſuli, ceſſiſſet in irritum oſcitantius, quam ulla adigente neceſſitate tuendi juris Teſtamentorum, quod quantumvis inflecterentur directo quoque prolata verba, nihiloſeciùs omninò integrum perſtitiſſet.

Accedit vis quoque indita Codicillis, quorum origo, vix, ac ne vix quidem ſejungi poteſt a Fideicommiſſorum origine, & incrementis, quibus utraque diſponendi ratio coaluit, & ad juris neceſſitatem producta eſt, Triboniani (1), ac Theophili (2) id verba adſtruunt, eòque magis res ipſa evincit, nec potuiſſe aliam iniri viam, nec fuiſſe initam, niſi hanc unam, qua ſoſpite jure Teſtamentorum, voluntas quoque ſeorſim pandita ſoſpes eſſet.

Neminem latet, ab ipſo exordio Codicillorum, quos quum jampridem Romæ condidiſſet Teſtamentum in Africa ſcripſerat Lucius Lentulus, quique primi impulere Auguſtum, tum ad gerendum Lentulo morem, tum ad impertiendum his quoque robur obligationis, repetenda etiam primordia eſſe adjectarum virium Fideicommiſſis, ab Auguſto præſtitis bona fide, ejuſque juſſu auctoritate Conſulum accedente, mox abeuntibus in vim Legis, quouſque haud ita multo poſt in aſſiduam juriſdictionem, ſed *extra ordinem* conceſſere, ita ſcilicet, ut cognitio de Fideicommiſſis, quæ in ſingulis negotiis, aut quotannis mandari hactenus inſtituerat, perpetua eſſet; & Conſules quidem de univerſis vi Magiſtratus

B juſ-

(1) *Inſt. tit. de Fideic. hered. §.1. & de Codicill. in pr.* Sed primus L. Lentulus, ex cujus perſona etiam Fideicommiſſa cœperunt Codicillos introduxit.

(2) *Ibid.*

juſdicerent, ſed non uſitato Judiciorum ordine, nulla nimirum actionis formula, nullo Judice ex iis dato, verum extraordinaria perſecutione, ut Teſtis in primis Ulpianus (1) eſt, peterentur.

Ac licet conſtituerit ſubinde Claudius, (2) ſeu Prætores in Urbe duos, (3) qui de Fideicommiſſis cognoſcerent, ſeu creaverit unum (4) tantum, ut vero propius videri poteſt; in Provinciis autem juridicundo præeſſe juſſerit Poteſtates adeoque Præſides, (5) ac Proconſules; ubique tamen extraordinaria cognitio manſit; ac juriſdictione Prætoria invecta, ea Conſularis proinde evanuit, ſed ita utraque in mores abiit, atque explicita plerumque eſt, ut de minori ſumma Prætores, de majori Conſules Jus dicerent, (6) id quod nullo modo propterea potuit, haud æque eſſe commune, ac proprium tum Fideicommiſſis, tum Codicillis Teſtamento non confirmatis.

Ac profecto quantumvis confirmaſſe dicatur Lentulus, quos Auguſto, Filiæque ſcripſit Codicillos; neuter tamen a ſe legata, qua vere, ac proprie Legata ſunt, ſalvo jure Teſtamentorum, præſtare potuit, quia poterant quidem directis verbis concepta eſſe, ut conjicitur ea fuiſſe, quæ Filia ſolvit; at non ideo, infirmis adhuc Codicillis, ac Civili obligatione carentibus, quo tempore primum executioni mandati ſunt, directo jure valere poterant ea de cauſa, quod nullo modo Lentulo licuit quic-

(1) *In fragm. de Fideic. tit. 25. §. 12.*

(2) *Sveton. in Claud. cap. 23.*

(3) *Pompon. in L. 2. §. 32. ff. de orig. Jur. Heinecc. Rom. Antiq. lib. 2. tit. 23. n. 4.*

(4) *Conſtitutos fuiſſe duos ex Sveton. non ſatis conſtat vid. cl. Cyrill. Comment. Inſt. tit. de Fideic. hered. in pr. unius fit mentio apud Gruter. p. 393. n. 6. nec erat, cur Titus unum detraheret Pompon. loc. cit.*

(5) *Ulpian. in fragm. lib. 25. §. 12.*

(6) *Ulpian. ibidem Quintilian. Inſtit. Orat. 3. 6. Cujac. Obſervat. lib. 21. cap. 34. Merill. obſ. lib. 6. cap. 36. Heinecc. l. c. Ever. Otto ad Inſtit. tit. de Fideic. hered. §. 2.*

quicquam legare extra Teſtamentum, quo ſolo legandi, ſuiſque rebus dicendæ Legis facultas aderat, ac proinde, quamvis præſtanda legata juſſerit, verbo tenus juſſiſſe conſtat, re autem rogaſſe, hortatumque eſſe, ideoque vel tum Legatæ in Fideicommiſſa converſa ſunt.

Idque exploratius ex eo fit, quod Tribonianus quoque diſerte ait, (1) Lentuli filiam perſolviſſe Legata jure non debita, non quia relicta perſonis eſſent per Leges capere prorſus vetitis, ut quorumdam eſt opinio, (2) quo caſu inutiliter monuiſſet, quod palam, perſpectum, certumque erat, ſed quia nec debebat, nec debere poterat, ut Legata, & ex diu recepto legandi jure, quo directis, & ad inſtar Legis prolatis verbis, ac Teſtamento tantum legare licuit, unde non unus Interpres notat, (3) ibi Legata, ut ex verbis erant, pro Fideicommiſſis, ut re fuere inconſulto poſita.

Accedit, non ipſa ſolum Ulpiani ætate, ſed longe antea, Legata *per omnia æquata eſſe Fideicommiſſis*, (4) ita nimirum, ut quod ſubtilitate, ac rigore Juris deberi non poterat ut Legatum, deberetur ut commiſſum hæredis fidei; Quumque tradiderit uſpiam nemo, quo primum tempore, & qua de cauſa id inoleverit, vel ex hoc ſatis ſuperque patet, ab ipſis initiis Fideicommiſſorum arceſſenda etiam initia eſſe, jam tum adſciti, ac recepti Juris, quo decedentis voluntas, ſi quis ejus tuendæ aditus patere umquam per leges poſſet, cuſtodiretur.

Nec minoris momenti eſt Sinchrona (5) certe, niſi

ve-

(1) *Inſt. tit. de Fideic. hered. §. 1.*

(2) *Vid. Doujat. ad Theophil. de Codicil. num. 3.*

(3) *Vinn. Inſt. tit. de Codicill. in prin.* Legata hic poſitum pro Fideicommiſſa = *Doujat loc. cit.* = nam verius eſt, indebita fuiſſe Legata, quod Codicillorum uſus nondum fuiſſet receptus.

(4) *Ulpian. lib. 67. ad Edict. leg. 1. ff. de Legat. 1.*

(5) *Idem lib. 2. ad Sabin. Leg. Similes 3. ff. de Teſtam. milit.*

vetuſtior Vulpiano (1) cautio, quam codicillarem Clauſulam vocant, & qua quæcumque directis verbis Teſtamento concepta eſſent, ea viderentur prolata obliquis, ut quæ jure eoque ſummo non conſtitiſſent, nec a Teſtatore ad hæredem ſcriptum transferri immediatè, ac directò poſſent, obliquè, ac per alterius organum tranſferrentur converſo Teſtamento in Codicillos, ſeu quod unum, idemque eſt, hereditatis delatæ cauſa, in cauſam ſequiorem Fideicommiſſi, quaſi rogatus fuiſſet heres ab Inteſtato, quem voluiſſet unicè heredem reſtituere hereditatem heredi ſcripto, exinde tamen Fideicommiſſario, non re heredi, quaſi ſcriptus dumtaxat eſſet nomine tenus.

Nec negocium, faceſſit Ulpianus (2) ipſe, ubi *Codicillis non confirmatis dari non poſſe Legatum*, inquit, ex quibus Interpretes vulgò arguunt, inutilia fuiſſe olim, quæ directo his Codicillis relinquerentur. Verùm niſi velimus parum ſibi conſtare Ulpianum, dicendum eſt, ibi de natura, ac proprietate Legati loqui, nec ideo conſequi, quod ut legatum dari non poterat, minime poſſe ut Fideicommiſſum, nec deberi tanquam precario datum, quod directo datum unicè erat, tum ad tuendam voluntatem Defuncti, in quo tota verſabatur ratio Fideicommiſſi, tum quia qui jubet, eo magis rogat, atque ita comparatus jubendo eſt, ut ſi res poſtulet, rogando etiam unicè velit, eadem fermè cenſura Juris Codicillaris clauſulæ propria, qua qui Teſtamento præcepit, rogaſſe etiam videtur. Atque in idem recidit etiam Cajus, (3) qui dum Legatum Codicillis non confirmatis valere negat

---

(1) *Paul. lib. 14. Reſp. Leg. 29. §. 1. ff. Qui teſt. fac. poſ. Scævol. lib. 3. Reſp. leg. 88. ff. de Legat. 2. Papinian. lib. 8. Reſp. Leg, 77. §. 23. ff. eod.*

(2) *In Fragm. de Fideic. lib. 25. §. 8.*

(3) *Inſtit. tit. 7. §. 8. de Fideicom.*

gat abire in Fideicommiſſum, nec præſtandum ubique eſſe, quod præſtari certè directo nequit.

Eoque minus videri poteſt, negotium faceſſere Plinii locus; (1) Ex eo enim adſumunt perperam tantum abeſſe, ut ætate Plinii in Fideicommiſſum converti poſſit, quod Codicillis non confirmatis relinqueretur ut potius eſſe tum explorati, tum certi Juris, hujuſce generis Codicillos deſtitutos fuiſſe prorſus non minus directa, quam inflexa quoque, & obliqua vi.

Nam ſatis eſt animadvertiſſe, vel ipſos Lentuli Codicillos Fideicommiſſa complexos eſſe, eaque protinus conſtitiſſe, non modo mandata ſcriptis, aut nuncupata, ſed ſimplici etiam relicta nutu; (2) ac proinde excogitari non poſſe videtur, qua de cauſa, ut ſtatim auctore Auguſto ad neceſſitatem Legis perducta ſunt, vires quoque non exeruerint omnino ſeorſim a Teſtamento: Prætermitto enim quod *populare*, ac pergratum Civibus vix fuiſſet, ſi Fideicommiſſorum favor pendere vel minimum debuiſſet a ſtricto Jure Teſtamentorum, quibus ſatis ſuperque erat, ne adverſaretur; illud præterea eſt, quod non egregiam Juriſconſulti ejus ætatis navaſſent operam, ſi dum voluntati ita conſuluerant, plerumque in irritum eam cedere voluiſſent.

Eo autem Plinii locus non eſt traducendus, quo non reſpexit. Provocat Plinius ad Codicillos Teſtamento non confirmatos, & ab Æliano conſcriptos antequam conderet Teſtamentum, quibus certè nulla vis inerat ea ætate, ac præeunte denique Papiniano, ex Severi, & Antonini Reſcripto diu poſt acceſſit. Conſtabant quidem Codicilli non confirmati vel ante Plinium, ut conſtitere peræque omnes ab ipſo exordio, quia primordia Codicil-

 lo-

(1) *Lib. 2. Epiſt. 16.*

(2) *Ulp. Fragm. tit. 25. §. 3. de Fideic.*

lorum, Fideicommiſſorum quoque primordia ſunt. At enimvero ex conjectura voluntatis, eaque potiſſima infirmantur, ut ſtatim quis condito Teſtamento præcedentium Codicillorum non meminiſſet. Teſtamentum enim, ut ſæpe diximus, univerſam ſucceſſionem vi ſua complectitur, quique teſtatur eo cenſetur animo eſſe, ut univerſam quoque legem is ſibi dicat, extendatque arbitrium promiſcuè ad omnia, de quibus diſponere per Jus poteſt, niſi excipiat aliqua expreſſis verbis, eaque directè, vel indirectè ab hæreditate decerpat, aut ſi quæ decerpſerit in anteceſſum, rata rurſus apertis verbis, ac firma velit, atque uno verbo, quod Codicillis antea reliquerat, teſtamento ſubinde condito comprobet, palamque oſtendat, in eadem ſe voluntate, cæteroquin ancipiti perſtitiſse mutuato exemplo, ductaque regula a Teſtamentis, quorum poſterius indiſtinctè priori derogat; & ita derogat ut nemo legem ſibi dicere poſſit non recedendi a voluntate, ne immutato conſilio animi, ut ſæpè fit, pro voluntate poſtrema obrepat, quæ non poſtrema voluntas eſt, nec amplius voluntas, ut antea fuit. (1)

At non ideo, quod Jure etiam eoque veteri Pandectarum Legata paſſim voluntatis tuendæ cauſa inflectebantur, dirigi umquam Fideicommiſſa tunc potuere, aut Jure novo directa ſunt. Ratio diſcriminis per ſe patet: nam præterquamquod Legata a Lege præcipuè ſunt, Fideicommiſſa ſunt a natura, nec ideo facilè inverti poſſunt tum quia qui rogat, certe non jubet, ut contra qui jubet, is quoque rogat, tum quia qui legat, non ejus a quo legat, implorat opem, implorat autem & eo quaſi Inſtrumento utitur, qui ſua committit alienæ fidei, explo-

(1) *Franciſc. Balduin. ad Inſt. tit. de Codicill. Duaren. Diſput. Anniverſ. lib. 2. cap. 42. Binkershoec obſ. lib. 8. cap. 13*

ploratiſſimum illud eſt, abhorrere a Juris æconomia, ejuſque principiis, ac fundamentis, quæ affabre olim excogitata, & quaſi per manus in dies tradita hodiedum vigent, ac perſeverant, ut quis pro parte teſtatus, pro parte verò inteſtatus abeat; (1) utque hæreditas, ſeu veniat ab homine, ſeu a lege partiaria ſit, deliberturque, niſi juſta voluntatis noſtræ ſententia, ſeu quod idem eſt, Teſtamento.

Poterant quidem ſequiores Leges quæcumque Legata, ac Fideicommiſſa, ita ad invicem coæquare, ut in unum penitus coaleſcerent, quod tamen pertinet ad effectus, non ad naturam; ſed ſalvis principiis mox recenſitis, certè non poterant.

Satis conſtat Legata Fideicommiſſis, ac Fideicommiſſa Legatis Juſtinianum directè æquaſſe, (2) ſed conſtat etiam æquaſſe tantum, non confudiſſe, ut confudit ad invicem Trebellianum, & Pegaſianum, & altero exploſo, retento altero ex duobus, ut erant, conflavit unum. Contra monet, ac ſæpè inculcat nec cum pluribus Teſtamentis, nec teſtatum, inteſtatumve decedere quemquam pro parte poſſe. Age vero; Fideicommittat, aut leget aliquis, ſeu Codicillis ab inteſtato, ſeu Teſtamento non confirmatis. Neutro caſu, poſt æquationem quoque Juſtinianeum directo Jure valere poteſt, id quod relinquitur; niſi enim Legata inflexa ſerves Fideicommiſſa, alterutrum conſequatur oportet, aut aperte peccari in Jus, & obtinentes jamdiu Leges temere everti, aut Juſtinianum dum ea æquavit, ſanxiſſe etiam oſcitantiſſime hereditatem, ſeu ſit ab homine, ſeu a lege, partiariam eſſe, nec deferri ſolum, qua Codicillis, qua ab inteſtato, ſed qua etiam Codicillis, qua Teſtamento, utriſ-

(1) *Leg. 7. ff. de regul. Jur.*

(2) *Leg. 2. Cod. commun. de Legat.*

utriſque exerentibus vim directam, ac propterea æquato prorſus utroque actu, conſequitur abſurdum, poſſe nempè decedi teſtatum ſimul, & inteſtatum. Ac ſi quis regerere velit, Codicillos quoque poſt Juſtinianum, Teſtamentorum ad inſtar eſſe, is fateatur neceſſe eſt concurrentibus Teſtamento, & Codicillis non confirmatis, ſeu factis unicè ad Teſtamentum tuto decedi ex utroque actu, quorum uterque ſi eſt idem actus, & alter alteri, omninò par, aut cum pluribus Cauſis inter ſe variis decedi poterit, aut Codicilli, qui ſubſequantur, tum collidentur ad invicem, ac poſtremis unicè vis manebit, tum Teſtamentum quoque præcedens omninò evertent, ex quo patet, ni fallor, non accurate cogitaſſe eos, qui dixerunt exoleviſſe diſcrimen inter directa, & obliqua verba quaſi abſoleſcere umquam potuerit ſalvo jure Teſtamentorum.

Scio interpretibus quoque majorum Gentium ſediſſe animo jamdiu Sententiam, fere omnium calculo comprobatam, ſed nec in trutina poſitam, ut par erat, plenæ perfectæque æquationis inter utrumque relicti genus, de Jure veteri longe impar. Scio Juſtinianum rei etiam vindicationem Fideicommiſſis accommodaſſe, (1) quod indicium eſt ſublati diſcriminis cujuſcumque ac ea actione Fideicommiſſis ſemel conceſſa rei dominium ſine heredis traditione, & miniſterio juris recta ad Fideicommiſſarium tranſire; Siquidem realis actionis vis, ac natura eſt, ut præſupponat Actori ineſſe, non Jus ad rem, ſed in re, ſeu rem acquiſitam vigore Juris, non traditionis ope acquirendam, adeoque Fideicommiſſa poſt Juſtinianum, eſſe acquirendi dominii modos, ſeu cauſam proximam, non vero titulos, ac remotam, ut diu fuere. Ve-

(1) *Leg. 1. Cod. commun. de Legat.*

Digitized by Google

Verum non me latet etiam, ſi indiſcriminatim ea vera ſunt, aut parum ſibi inconſtantem Principem conſtitiſſe, aut mox oblitum omninò eſſe ſuæ pariationis; redit enim non diu poſt in una, & altera rerum ſpecie ad diſcrimen vetus; ac Legata directas unicè vires, Fideicommiſſa exercere obliquas ait, quibus conciliandis, ut planè expedit, mire torquentur ingenia Interpretum acutiorum, quod profecto non eveniſſet ſi maturius rem perpendiſſent. Nec indiſtincte, altera eſſe alteris exæquata, neque id ullo modo fieri potuiſſe, voluntate incolumi, & ſalvo Jure. Nam quod voluntatem ſpectat: Qui ſervi ſui libertatem Teſtamento commiſerat fidei heredis (1), is eo erat effectus animo, ut manumitti non a ſe vellet, ſed ab herede, nec ut Orcinus (2), & Charonita (3), ſed ut heredis libertus eſſet. Quique etiam ex noſtris moribus per Fideicommiſſum datus eſt Filiis a Patre Tutor, is ſane Tutor Teſtamentarius ideo non eſt, & confirmetur proindè oportet a Magiſtratu, quia Pater dari, non dare voluit, nec abſoluto ſuo Jure uti, ac Teſtamento dicere legem Familiæ ſuæ, ut ei per Leges, Teſtamento, non ultra licuit.

Ad jus, quod attinet, quidquid Teſtamento dumtaxat, aut Codicillis eo confirmatis, committitur heredis fidei, id tuto haberi perinde poteſt, ac ſi legetur, nullo tunc intercedente inter Civilia, ac precaria verba diſcrimine; At vero Romani Juris œconomia convellatur neceſſe eſt, ſi codicillis quoque non confirmatis, ſive alio quocumque modo nuncupatæ verbis, aut nutu panditæ voluntati, quæ non prodierit Teſtamento, nec in ſpeciem ini-

(1) *Inſtit. tit. §. 2. de ſingular. reb. per fideic. relict.*

(2) *Ead. de cauſa, qua Sueton. Orcinos Senat. vocat. in Auguſt. cap. 35. & a Plutarc. in M. Ant. Charonitaſæ dicuntur.*

(3) *Ita appellat Theophil. hunc libertum, & Cujac. Acheronticum.*

initæ Conventionis, quam mortis cauſa Donatio exhibet, tribuamus perperam vim directam, ac transferentem per ſe dominium, nulla adhibita alterius ope, qua transferatur. Quæcumque igitur Teſtamento obliquis verbis, nempe rogando, Teſtator exprimat, ea non ſecus ac ſi directis expreſſa eſſent, Juſtinianus haberi voluit, ut æquè voluit directo expreſſa, expreſſa etiam cenſeri oblique, & utriuſque relicti genus eodem Jure metiendum eſſe. Cetera vagantia extra Teſtamentum, quæ licet directis prolata verbis, fieri numquam omninò poteſt ut non inflectantur, nec voluiſſe conſtat, nec potuiſſe, niſi perturbato, ac ſuſdeque verſo præcipuo Jure, quo & modo utimur.

Atque ita rem prorſus eſſe tranſactam, non tam conjicitur, quam evincitur, ex apertiſſimis Juſtiniani verbis, verborumque juſto, ac germano ſenſu. Is *Teſtatoris* perpetuò meminit (1), ab eoque ſupponit, quoque perpetuo, ſive civilia proferri verba, ſive precaria. Meminit inſuper Legatorum, quæ propria unius ſunt Teſtamenti. Codicillorum contra, aut alterius cujuſvis actus in mortis cauſam, nec veſtigium uſpiam, nec vola adeſt. Sciunt autem, ac probè norunt omnes *Teſtatorem* perpetuò intelligi, ac verè eſſe, qui Teſtamentum ſcribit, aut nuncupat, non qui conficit Codicillos: teſtari enim perinde eſt, ac ſolemni ritu, juſteque pandere voluntatem, Codicillos verò facere eſt promere quidem Sententiam animi, ſed inſuper habitis, ac neglectis, quæ requiruntur ad rite conteſtandum id, quod ſentimus.

Eodemque modo Imperator rem orditur, & planè conficit, dum conſulit quoque Fideicommiſſariis actione in rem, dilucidè oſtendens realem actionem ſe accomodaſ-

(1) *d. Leg 2. C. commun. de Legat.*

daſſe [1], non quibuſcumque Fideicommiſſis, ſed quibus per leges unicè licuit, adeoque ſolis Teſtamentariis tamquam exortis ab eo actu, cui ſoli vis, & facultas ineſt transferendi dominii in alterum recta via, ac miniſterio Iuris, quæque impediebat omnino nihil, quominus ex inflexis, at antea erat dirigerentur, una ſemper, & univerſa hereditatis cauſa manente, quæ extra Teſtamentum, aut legitimam Succeſſionem non vagaretur.

Impoſita heredi neceſſitate reſtituendi (ut eo unde digreſſa pauliſper eſt referat ſe oratio) quidquid in dies committeretur ipſius fidei, nec diu res perſtitit, ut par erat, nec uno, & altero vitio caruit, atque eo demum deducta eſt, quo præſenti remedio indigeret. Denuò ſub ipſis jam fermè initiis cœperunt gliſcere antiquæ, & novæ etiam irrepere fraudes, quibus leges eluderentur, id quod impune, adhuc infirmis Fideicommiſſis jamdiu abierat. Qui enim verebantur capere ex Teſtamento, ut Peregrini, & ex Lege Voconia Fæminæ, ex Papia Cælibes, Orbi, & alii, his cavebat ſæpè Teſtator, ut reſtitueret heres hereditatem, aut ejus partem, cui mox invectæ licentiæ injecerat quidem Lex Papia frænum, ſed non obviam itum omninò eſt, niſi Senatus Conſulto Planciano, [2] quo ampliſſimus ordo cenſuit, Fideicommiſſa, quæ quoquo modo ſuboluiſſet, in fraudem legis deinde fieri, irrita eſſe. Initum tamen diſcrimen eſt inter ea, quæ palam Teſtamento conſcriberentur, & quæ ſeorſim; remotis Arbitris, ſeu domeſtica cautione, aut Chirographo, ut moris erat. [3] Altera enim pro non ſcriptis haberi placuit, adeoque adcreſcere heredi ſcri-

(1) *d. Leg. 1. eod. tit.*
(2) *Modeſtin. Leg. 59. §. 1. ff. ad Leg. Falcid.*
(3) *Leg. 3. ff. de Jur. Fiſc.*

Digitized by Google

ſcripto, tum quia heres eo caſu inſcius, ſi qua fraus obrepiſſet clanculum Teſtamento, ejus non poterat eſſe particeps; tum quia agere non videatur in fraudem, qui palam, nulliſque technis obductis agit. Altera verò caduca facta, cedebant Fiſco; [1] Et ideo in Jure Fideicommiſſa tacita nuncupantur, quod heres in fraudem Legis Teſtatori fidem accommodaret, plerumque tacitam, ac ſecretam.

Invehi tamen, propagarique alter abuſus cœperat in dies, eo deterior, quo ſub obtutu veterum legum prætexebatur. Ex Lege XII. Tabularum, Paterfamilias uti legaſſet, ita jus erat. Adeo effrænem legandi modum, quo Teſtamenta deſtituebantur, compeſcuit primum Voconia Lex, deinde Furia, demum Falcidia, quæ tamen omnes quum latæ fuerint, antequam pondus Civilis Juris Fideicommiſſis adjiceretur, e re eſſe non videbatur iiſdem Legibus ea ſubjici, adeoque ſeu putarent, qui teſtabantur, ſuo Jure uti, dum committebant heredi univerſam hereditatem ex fide reſtituendam, ſeu declinarent eo conſilio legata, quo Falcidiam impunè eluderent, denuò ratio Teſtamentorum periclitari perindè cœpit, ac in diſcrimen haud ita pridem adducta fuerat ex jam cohibita intra ſuos fines licentia priſtina Legatorum, ſcriptis heredibus recuſantibus adire obnoxias Fideicommiſſis hereditates, tum quia ceſſuræ in alterius lucrum omninò erant, ac nihil reliqui, præter onus ex iis capere ſibi poterant, tum ex ea longe potiori cauſa, quod adeuntes, reſtituto etiam integro aſse; nihiloſecius, ſi quod aut aderat æs alienum, aut emerſiſſet, per ſe dimittere cogebantur, quia aditio non ſecus erat, ac obligatio perſonæ hærens, a qua divelli, nec

(1) *Leg. 10. ff. de his, quæ ut indign. Leg. prima C. de Delat.*

nec in Fideicommiſsarium tranſire poterat ex ea veteri Juris regula, quod ſemel heres, numquam deſineret heres eſse. (1)

Principio Fiduciarii ſuæ ſtudentes indemnitati, cavebant ſibi privato Jure, Fideicommiſsariis per umbram hereditate vendita nummo uno, atque interpoſitis per fictionem ſtipulationibus emptæ, & venditæ hæreditatis, qua veluti imagine legitimè initæ Conventionis (2) in Emptorem cum hereditate tranſirent actiones utiles, remanentibus dumtaxat apud heredem directis, ſed nullo periculi, aut damni metu, ne parum tuta ſua fides eſſet, contra ipſam fidem, cui nihil penitus erat reliquum, præter inane heredis nomen. (3)

Acceſſit Cautioni privatæ remedium publicum, quo Nerone imperante, Senatus iterum cenſuit reſtituta, ex Fideicommiſſi Cauſa, hereditate, actiones omnes, quæ Jure Civili heredi, & in heredem perpetuo dantur Fideicommiſsario, & in Fideicommiſsarium, quacumque impoſterum ſtipulatione poſthabita, dandas eſse, *utiles*, (4) tamen, ut continuò Prætor utiles dedit, & a directis continuo abſtinuit, ne ratio Juris ſubverteretur.

At enimvero remedium, malo adhuc impar allatum eſt: Trebellianum (5) enim ita a Trebellio Conſule dictum, damno dumtaxat, non lucro heredum proſpexit, quæ Cauſa fuit, cur quaſi appendix, ejuſque acceſſio, prodierit proſtmodum Pegaſianum, (6) quo ſub

(1) *L. 83. ff. de hered. inſt. Leg. 7. §. 10. ff. de minor.*

(2) *Theophil. Inſt. tit. de Fideic. §. 3. Leg. 37. ff. de Pecul. L. 21. ff. de hered. vel act. vend.*

(3) *L. 1. §. 2. ff. ad S. C. Trebell.*

(4) *Inſtit. tit. de Fideic. hered. §. 4.*

(5) *De eo vid. Rad. Forner. L. 2. rer. quotid. cap. 18. Ryck ad Tacit. lib. 14. Annal. cap. 46. Ant. Auguſtin. de nom. prop. Lipſ. in vit. Senec. cap. 4.*

(6) *Pegaſi nomen meminit etiam Pompon. Leg. 2. §. 25. ff. de Orig. Jur. Fuit Præfectus Urbi ſub Veſpaſiano Juvenal Sat. 4. verſ. 76. ubi Scholiaſt. Pegaſianum Jus ab eo deſcendere ait Menag. Amænit. Jur. cap. 17. Guil. Grot. vit. Juriſcon. lib. 2. cap. 2. §. 9.*

ſub illecebra certi lucri facilius heres alliceretur ad adeundum. Falcidia ergo, quæ pertinuerat hactenus ad Legata, ad Fideicommiſſa quoque producta eſt, (1) ex iis æque deducta quarta favore heredis, niſi ea ex Teſtamento ſupereſſet heredi; quæ portio aſſis, ad inſtar quidem Falcidiæ obtinuit, ſed ſibi proprium adſciviſſe nomen videri poteſt, nec dici incondite Pegaſiana ab Auctore ſuo; quamvis rebus poſtea mutatis, Tribonianus fortaſſe expunxerit vetus nomen, quod nuſpiam legitur in Pandectis; quicquid ſenſerint contra (2) alii, quibus præconcepta ſedit opinio nullius initi nunc diſcriminis inter Falcidiam, & Pegaſianam, quæ duæ portiones ſi cenſerentur diverſo nomine, longè facilius argueretur, re quoque, & effectu inter ſe differre quod nunc non diſputo: Abſtineo etiam a diſputatione, an ex Pegaſiano imputarentur quæcumque heres, vel Conditionis implendæ Cauſa, vel jure etiam Legati caperet, in Falcidiam verò quæ percepiſſet jure dumtaxat hereditario, ut eſt vero propius, & meo etiam judicio verius. (3)

Eoque magis ex Triboniani verbis conjici poteſt, Pegaſianum ad ſingularia quoque Fideicommiſſa primum omnium produxiſſe rationem Falcidiæ legis. Verum ſi aliquanto diligentius rem perſcrutemur revocari in dubium vix poſſe arbitror, quin diu ante ex interpretatione Prudentum id obtinuerit, ſecus enim facile, ac paſſim obrepere potuiſſet Falcidiæ fraus, onerata ſupra modum legis, atque exhauſta etiam Fideicommiſſis hereditate: De eo ambigi contra nequit, Ius Pegaſianum, quum

(1) *Leg. 18. ff. ad Leg. Falcid.*

(2) *Cujac obſervat. lib. 8. cap. 4. vid. H tom. obſ. 24. Fabr. 6. Conject. 3. 4. & 5. Vall. lib. ſing. ad Leg 91. & ad Leg. 24. C. Famil. Erciſc.*

(3) *Ex diverſitate formulæ Falcidiæ, & Pegaſiani Leg. 1. ff. ad Leg. Falcid. Paul. recept. ſent. lib. 4. tit. 2. & 3.*

quum ab initio ſola Fideicommiſſa Teſtamentaria complecteretur, poſtea Reſcripto Antonini Pii ad ea etiam, quæ ab inteſtato, Severi Conſtitutione ad donationes mortis cauſa fuiſse productum. (1)

Perſpectum inſuper illud eſt ad Fideicommiſsa pertinuiſse Senatus Conſultum quoque *Apronianum*, quod effugiſse miror Gravinæ ſedulam diligentiam. Non adſentior Cujacio (2), qui illud ad Marci Aurelii tempora differt. Latius quidem ſub eo Principe eſt prorogatum, ſed nullus dubito quin imperante Hadriano prodierit. (3) Quæcumque univerſitas capiendi incapax diu fuit (4), tum quia perſonæ, quæ in cœtum aliquem coaluerant, cenſebantur ex eo incertæ, quod haud facile ſingulæ per ſe poſſent obverſari animo Teſtatoris, certuſque heres, & judicio certo inſtituendus de jure erat, nec legari, aut Fideicommiſso relinqui, niſi certæ perſonæ poterat, tum quia cernenda hereditas fuerat, nec legitimum Cretionis actum Univerſitati explere licebat (5). Senatus ergo, Apronio Conſule juſſit, Fideicommiſsariam hereditatem Municipia quoque capere poſse, ac deinde reliquas Civitates, quæque coiſsent in corpus licitum, Collegia, & Cœtus promiſcuè omnes, quibus haud ita multo poſt, non minus ritè poſse legari, quam hereditatem directo etiam deferri placuit.

Ceterum inter Trebellianum, & Pegaſianum adeo ingens diſcrimen aderat, ut quum conciliari ad invicem non poſsent, atque alterum dirigi alterius ope, res quodammodo rediiſse ad priora incommoda videretur.

Reſtitutæ hereditatis ex Trebelliano effectus quidem continuò erat, ut in Fideicommiſsarium tranſirent actiones

(1) *d. Leg. 17. ff. ad leg. Facid.*
(2) *Ad Vlpian. Frag. 22. 5.*
(3) *Sculting. cod. P. Ant. Auguſtin. de Legib. & S. C. L. 20. ff. de reb. dub. L. 1. §. 1. ff. de Libert. univerſ.*
(4) *Vlp. Frag. 22. 5.*
(5) *Vlp. cod. L. Plin. lib. 5. Epiſt. 7.*

nes omnes, comparatæ heredi, vel in heredem, ac Fiduciarius tueri ſe exceptione poſset adverſus Creditores hereditatis, qua ſe tueri perinde poterat Fideicommiſsarius adverſus heredem, qui Debitores actione directa, adhuc ipſi ſuperſtite, conveniſset, ſiquæ in fraudem Trebelliani, quid exegiſset a Debitoribus, Fideicommiſsario comparata in eum fuerat actio utilis ad repetendum, quod is exegerat, per apices quidem retenti juris, ſed uris umbratilis, & inanis. Sed ſi hereditas reſtituta eſſet ex Pegaſiano; ac propterea heres ſibi retinuiſset ex eo quadrantem, tunc quaſi ſatis ſuperque eſset ejus portionemolumentum, ceſsante penitus Trebelliano, quæcumique onera ipſe ſubibat, nullaque actio in Fideicommiſsarium transferebatur ex ea ratione, quod Trebelliano locus eſse non poterat, niſi heres reſtituiſset hereditatem eo prorſus modo, quo a Teſtatore rogatus fuerat, ut non reſtituebat, retenta quarta, ac fortaſse Jure XII. Tabularum id ſuadente, ex quo nomina hereditaria ſolus heres perſequebatur, ſoluſque actiones quæcumque eſſent aut exercebat, aut excipiebat.

Rurſus igitur Fiduciarius, qui reſtituere rogatus univerſam hereditatem ex ea deducere quartam vellet, cavere ſibi conſulto debuit, ſtipulationibus interpoſitis, quas *partis*, & *pro parte* vocabantur, (1) quæque jampridem Legatorum Cauſa invectæ, Lege Falcidia ſubindè lata, pene exoleverant, ne ex quo heres arbitrabatur captare lucrum, imprudens conſciſceret ſibi damnum.

Satis conſtat, poſſe legari univerſitatem, nimirum non ſingula ſolum bona, ſed partem etiam hereditatis, puta dimidiam, aut quamvis alteram, quæ Legati ſpecies

(1) *Inſtit. tit. de Fideic. hered.* §. 6., *Paul.* 4. *Sent.* 3. *in princ. Ulp. in Frag. tit.* 25. §. 15.

cies *Partitio*; (1) Legatarius verò ex eo *Partitiarius* eſt appellatus, quod partiebatur hereditatem, cum ipſo herede. Is tamen quum non ſit ſucceſſor Juris, ut erat heres nullis actionibus hereditariis obſtringebatur; ſed partem aſſis ſibi legatam ſine ullo incommodo, ulloque metu capiebat, quodcumque fuiſſet legati genus, ut erant olim inter ſe varia: (2) Inter hunc igitur, & heredem, qui indemnitati cavebat ſuæ conſueverant interponi ſtipulationes de lucro, & damno communicando, antequam tamen adiret, tum ne ei detrimento eſſet aditio præpropera, & inconſulta, tum ut Legatarius, vel invitus adigeretur ad ſtipulandum, ne ſi recuſaſſet adire heres, Legatum penitus evaneſceret.

Hinc ad inſtar ejus heredis, a quo univerſitas legebatur, cœpit etiam ſibi cavere, qui retinere falcidiam vellet ex Pegaſiano iiſdem *partis*, & *pro parte* ſtipulationibus interjectis, (3) quibus lucrum, & damnum quodcumque aderat, aut forte emergere potuiſſet, æque inter eos commune fieret, pro rata tamen cujuſque, Fiduciario ſcilicet ex quadrante, & ex dodrante Fideicommiſſario.

Verum præter potiſſimum hoc diſcrimen, ex quo utrumque Senatus Conſultum committebatur magis, quam differebat, unde videbantur elidi ad invicem, conſectaria etiam quamplura aderant. Heres enim ex Trebelliano non poterat adigi ad adeundum, (4) ut adigebatur juſſu Prætoris ex Pegaſiano, quo caſu retinere non poterat ſibi quartam, ſed univerſam reſtituebat here-

 redi-

(1) *Partitionum meminit etiam Cic. lib. 2. de Legib. cap. 20. vid. Ulp. Frag. lib. 24. §. 25. Leg. 76. §. 1. Leg. 8. §. ultim. ff. de Legat. 2. leg. 104. §. ultim. ff. de leg. 1.*

(2) *Cajus Inſt. lib. 2. tit. 5. & 7.*

(3) *Paul. Recept. Sent. lib. 4. tit. 3. Contius lib. 2. ſub. cap. 12.*

(4) *L. 1. §. 5. ff. Si pluſquam &c. L. 68. ff. ad Senat. Conſult. Trebell. Cujac. lib. 8. obſer. cap. 5.*

reditatem, nullo tamen apud eum manente; aut damno, aut periculo alieni æris.

Trebelliano inſuper erat locus, ſiquando etiam ſcriptus heres rogatus eſſet, non ultra dodrantem reſtituere. Pegaſiano autem dumtaxat, ſi plus, aut ſolidum quoque aſſem: atque ex illo indebitum errore facti ſolutum repetebatur, ex hoc non item.

Utrique ad tollendos utriuſque anfractus, Iuſtinianus admovit manum, ſtipulationibus quibuſcumque ſublatis, & exploſo penitus Pegaſiano, cujus vires in Trebellianum, ut altero antiquius, propterea tranſtulit, atque ex duobus conflavit unum; quæ cauſa eſt, cur nulla incidat in Pandectis Pegaſiani Iuris, Triboniani opera ubique expuncti, prodita mentio. Nullibi extat ea Conſtitutio, ſed aliundè conjici tuto poteſt, (1) tria in primis continuiſſe; Alterum, ut heredi quarta pars nullo diſcrimine, ſalva eſſet, ſeu ex voluntate decedentis, ſeu Trebelliani præſidio. Alterum, ut in Fideicommiſſarium quæcumque onera transferrentur, pro rata tamen, ac ratione habita proportionis: Poſtremum verò, ut Fiduciarius deinceps etiam Compelli poſſet ad adeundum, quod tamen in Fideicommiſſariis hereditatibus Teſtamento delatis, non in ſingularibus Fideicommiſſis, eoque minus in Legatis, perſpicuè obtinet; Adeoque vel ex hoc patet, æquationem Iuſtinianeam noc proceſſiſse in omnibus, nec indiſtinctè.

Impulere præceteris Iuſtinianum veteres illæ ſtipulationes, Papiniano etiam captioſæ vitæ, ferendis nimirum tricis, & alterutrius periculo, ac damno obnoxiæ, non per ſeipſas, ſed ex eventu. Res enim deduci eo facile poterat, quo ſaltem in irritum ſæpè cederent. Subolue-

(1) *Conſtit. 2. Cod. de Vet. Jur. Enucl.*

oluerat etiam id Modeſtino, qui aliam propterea viam; qua heres precavere ſibi facilius poſſet per *ωρωμάτων* (1) præſtituerat; cui tameu Imperator, Papiniani ſecutus mentem, prætulit alteram (2) præcidentem prorſus captionum Cauſam.

Operæ pretium is certè fecit, feciſſetque arbitror, longè majus, ſi explodendis priſcis ambagibus conſtitiſſet, ſed ut proclivior ad leges condendas erat quamplura adjecit, quæ e re haud fuiſse Viri emunctæ naris judicarunt.

Illud non moror, ut a veteribus quoque traditum, nimirum, diſtinguendum etiam ex eo eſse inter diverſas capiendi Cauſas, ex quibus conjici tuto poſſit, an heredi actiones pro parte maneant, an verò in ſolidum transferantur. Siquidem reſtituere rogatus. cui quarta portio prælegata, ſeu quovis alio modo ſalva ſit Trebellianicam deducere non poteſt, quia eam Fiduciarius ex voluntate Teſtatoris integram habet, ſed transferuntur actiones omnes in Fideicommiſsarium, cui reſtituitur, ac transferuntur ex ea Cauſa, quod ipſe ſolus hereditate recepta, ſit loco heredis. Fiduciarius autem cui ex hereditario jure nihil reliqui prorſus manet, licet reipſa ſit ſolus heres, Legatarii locum, vicemque ſubeat; (3) Id quod Iuri quidem apprimè convenit; ac Pegaſiano adhuc vigente intererat, ut ſervaretur, eo verò ſublato, obtinet quidem per Iuris apices, ſed alicujus uſus vix eſse poteſt.

In eo conſiſto; nullum olim ſuperfuiſſe remedium, quo fraudulento heredi, ac remotis Arbitris onerato, Fideicommiſſum extorqueretur (4), quamquam Judicis par-

 tes

(1) *L. 45. ff. ad Conſult. Trebell. Brenkman. ad Modeſtin.*
(2) *Conſt. de confirm. Digeſt §. 3.*
(3) *Inſt it. tit. de Fideic. hered. §. 9.*
(4) *Cic. lib. 2. de fin. cap. 18.*

tes erant ejus conſcientiam ſedulo excutere, ac perſcrutari. Juſtinianus ergo conſtituit (1), ut ſi Teſtator ab herede reliquerit, ſeu univerſale, ſeu ſingulare Fideicommiſſum, de quo neque ex quinque teſtium numero pro noviſſimis voluntatibus præter teſtamentum præſtituto, neque ullo alio præſente Teſte, nec ſcripto conſtet; ac recuſet heres implere fidem; Fideicommiſſarius, emiſso prius juramento calumniæ, deferre illud heredi poſſit, ſique jurare detrectet heres, omnino nihil a ſe relictum, aut fateatur quidem, ſed ita obtendat relictum eſse, ut nullo jure deberi conſtet, teneatur utroque caſu ſervare fidem, ne poſtrema decedentis voluntas irrita ſit.

Belle id quidem, ſed plura ſunt, quæ animadverti videntur poſse; Inprimis verò, neceſse eſt, ut decedens præſenti commiſerit, non abſenti. Si enim heredem abſentem fingimus fuiſse rogatum, omninò oportuit, aut per nuncium, aut per epiſtolam; quibus caſibus Conſtitutioni locus eſse nequit, aut enim adigeretur heres ad Jusjurandum, quod rei inſcius præſtare non poſset, aut compelleretur jurare alter, cui voluntas innotuiſset, & præterquamquod non ea mens Juſtiniani eſt, delaberemur in plura abſurda, quæ tutam ſternerent fraudi viam. Si cogeretur contra jurare heres, a quo Scriptura relictum fuerit, conſequeretur, fruſtra numerum quinque Teſtium adeſſe oportere Fideicommiſſis, propterea quod eo identidem deficiente, præſto eſset confugium ejuſmodi ſubſidiarium, quo Lex eludi, ac fraudari etiam impune poſset (2). Componere quidem ex allato diſcrimine hæc incompoſita tuto licet: ſed ab eo tradita abſque delectu componantur oportet, ac proinde nemo non videt, quam longè abſint à perſpicuitate, & ſimplicitate rei

(1) *L. fin. Cod. de Fideic.*

(2) *Harprecht ad d. Leg. fin.*

rei conſtitutæ, quæ amica legibus adeo eſt, præſertim vero quum non ſolum ea quæſtio poſſit de raro contingentibus appellari, quia vix unus, aut alter erit, qui verbo tenus, ac præſente nemine heredem roget, ſed ſiquando inciderit, excogitari vix etiam poſſit, quo præſente numine id innotuerit.

Deinde Imperatori fucum ex eo videtur factum, quod ſola fide niterentur olim Fideicommiſsa, eique e re eſse propterea viſum, ut quaſi poſtliminio redirent ad ſtatum priſtinum, haud tamen animadvertit haberi a ſe inſuper Juris regulam, qua non licere perſpicue traditur probationes eruere è domo rei, ac ſuccidiſse etiam pro parte Nervos Conſtitutioni de quinque Teſtibus (1). Abrogavit inſuper legem (2) alteram, quantumvis mox Codici inſeri juſsam, quæ, ſi ſolemnitas juris deeſt, deberi Fideicommiſsa diſertè negat, niſi Iuris ſolemnitatem pertrahamus etiam ad Iusjurandum, quod per vim extorquetur; Accedit, contra Iudiciorum quoque naturam, conſtitui quaſi Iudicem ſui ipſius, qui conſtituitur ſui Teſtis; quod in jure novum certè non eſt, ſed non extendatur temere oportet, eoque minus in Legem abeat. Diſſimulari hæc poſſent, niſi ad incertum, ſummæque ancipitem rei exitum, cui ſubeſt confugium Iuſtinianeum, accederet etiam perjurii metus, & quidem vehemens. Nam facile ad pejerandum adducitur, qui fortunis alienis inhiat, & facilius is, cui nihil penſi ſervare fidem amico fuit.

Alterum a Iuſtiniano haud ſatis conſulto fortaſse invectum (3), in illud redit, quod prohibere Teſtator heredi poſſit, ne Falcidiam, ſeu Trebellianicam detrahat, eoque recuſante adire hereditatem, Fideicommiſſis one-

 ra-

(1) *Leg. ult. Cod. de Codicill.*

(2) *L. Si veritas Cod. de Fideicom.*

(3) *Novell. 1. de hered. & Falcid.*

Digitized by Google

ratam, eam quoque Iure ſuo poſſit adire alter, ſeu Fideicommiſsarius, ſeu Legatarius, ne dempto quidem ſervo, atque herede etiam ab inteſtato. Et ita Iuſtinianus, qui initio caverat, *valere* dumtaxat *Teſtatoris Sententiam, ſi expreſſim deſignaverit, non velle heredem retinere Falcidiam*, poſtea expreſsum ad rationem quoque taciti traxit, (1) nec modo arbitrarium Falcidiæ Jus; ſed conjecturis etiam obnoxium fecit.

Probo heredibus voluntati Teſtatoris obtemperare nolentibus, auferri ut indignis hereditatem, quæ antea in pœnam cedebat Fiſco, quæque ex ea Conſtitutione Legatariis, & Fideicommiſsariis adcreſcit, in quo laudandus eſt Imperator. Verum non video, quid oportuerit, ad tuendam voluntatem defuncti, ab ejus voluntate recedere & regulam juris jamdiu recepti, magis evertere, quam turbare, ut utrumque fit, ſi permittatur adire, quem Teſtator adire noluit, quia non inſtituit, atque adire, ut heres, qui heres non eſt. Libertatum conſervandarum cauſa, quæ ſemper potiſſima in jure fuit, Lex (2) non indulſit, ut adire quicumque poſset arbitrio ſuo, ſed ut addicerentur dumtaxat defuncti bona, vel uni ex ſervis, vel cuique perſonæ liberæ ea poſtulanti. Nec Trebellianum ipſum transferendarum Actionum Cauſa, Fideicommiſsarium heredem fecit, aut indulſit adire poſse, ſed in eum, ut in heredem actiones tranſtulit, adeoque utiles, non directas. Quemadmodum vero heres, tum Edicto Prætoris, tum Iuſtiniani quoque Conſtitutione, ad adeundum compelli poterat, ita potuiſset æque compelli, incolumi prorſus, ſalvoque jure, eique hereditas, ut indigno, nec gerenti ex fide defuncto morem, auferri in pœnam perfidiæ

(1) *Novell.* 119.

(2) *Inſtit. de tit de eo, cui libert. conſ. L. ult. Cod. de teſtam. manumiſſ.*

diæ ſuæ, atque addici pro rata aliis, non ut heredibus, ut non ſunt, ſed loco heredum, ut eſſe poſſunt.

Quo vero ad Falcidiam, ſeu Trebellianicam pertinet, (1) oſtendit propalam Juſtinianus, dum redit in totum ad jus vetuſtius, fidiſſe ſe nimium heredum fidei, quos Publicus Syrus, naſci magis, quam ſcribi, ajebat, adeoque Jure Falcidiæ abſque delectu, & ut collibuerit a Defuncti arbitrio pendere juſſo, incauti revertimur ad abſurda, quæ præcavenda Cautiores duxerant. Scio hodie Fideicommiſſa reſtitutoria plerumque eſſe poſt mortem tantum, id quod veteribus non incognitum, ut quidam perperam exiſtimarunt, (2) ſed aliquanto infrequentius fuit; ac propterea ex uſu intereſſe plerumque heredis adire etiam hereditatem, quam ſolidam alteri reſtituere debet, ratione fructuum quos ſibi percipit uti Dominus, ſuoſque jure dominii facit; præſertim vero poſt Beneficium Inventarii ad temperandam aſperitatem antiqui Juris provide inductum, & quo tutus eſt ære alieno quod ultra vires hereditarias emerſerit.

Sed neminem contra latere arbitror, Fideicommiſſa, ex noſtris moribus quoque fieri, ut ſtatim reſtituantur, ſeu ex voluntate, ſi ita placuerit, ſeu ex juris neceſſitate, qua hereditas inflectatur oportet, veluti adjecta Codicillari Clauſula Teſtamento, quod ut injuſtum vi ſua careat, eamque mutuetur a Codicillis, in quos convertitur; aut ſi eveniet etiam, ut is, qui deceſſit, univerſam hereditatem, nullo condito Teſtamento, ſed Codicillis dumtaxat ab inteſtato reliquerit. Fingamus utroque caſu a morituro fuiſſe vetitam Falcidiæ ſimul, ac Trebellianicæ deductionem, atque inſuper ve-

 titam

(1) *Neutra olim prohiberi potuit. L. Nemo ff. de Legat.* 1., *niſi favore libertatis L. 6. ff. de Fideic. libert. L. 33. ff. ad Leg. Falcid.*

(2) *Vid. Murator.* Difetti della Giuriſprudenza *cap.* 17.

titam non diſertis modo verbis, ſed & enixis; num propterea heres legitimus, in quem ſolum hereditas univerſa directo jure tranſire poteſt, & jure tranſit, nullo ei ſuppetente lucro, atque ut umbratilis prorſus heres, adibit ultro, aut adigendus propterea erit, invitus etiam, & ægreferens, ut moleſtias unice ſibi comparet; vel ei hereditas, ut indigno auferenda eſt, aliiſque temere concedendum, ut quicumque malint, adire poſſint, propterea quod, qui ſolus heres de jure eſt, non alia ex cauſa recuſet eſſe, quam quia legis beneficio caret in fraudem Legis aliena tamen, non ſua culpa? Non puto equidem, & vereor ne Juſtinianus in Syrtes nos conjecerit, quamquam negari profectò nequit penſiculatè, ac plerumque provide, quamplura etiam conſtituiſſe.

Ut autem tum ex jure, quod ipſe invenit, tum ex eo, quod retinuiſſe videri poteſt, præcipuè verò ex Fideicommiſſorum natura, ac vi, facilius introſpiciamus ſub involucro verborum ſæpè latentem, ac per ſe ancipitem voluntatem, excitari poſſet non una quæſtio, ut agitantur in dies plurimæ, ita operæ pretium fortaſſe facerem, ſi ad eas ex ordine properarem; Verum ab his recenſendis abſtineo libens, ne eo moleſtius evadat ſermo, quo fuſior eſt. Pleræque enim ex iis ſunt quæ certa haud nitantur regula, cujus impatiens eſt voluntas humana: Illud monendum, & ad dignoſcenda, & ad interpretanda Fideicommiſſa palmam ferre ipſam voluntatem, quæ dominatur, ad quam eruendam, primus gradus ſunt ipſa verba, quorum in dubiis ea eſt capienda ſignificatio, quæ voluntati propius accedat; pugnantibus verò invicem voluntate perſpicua, ac perſpicuis verbis, his ea ſemper eſt præferenda. Secundum gradum conjecturæ conſtituunt, ſive eliciantur ex ipſis verbis, ſivè extra verba, ac tam ex Facto, quam ex Jure.

Quo-

Quoniam verò iterata incidit Codicillaris Clauſulæ mentio, non abs re puto animadvertiſſe, compendiario tamen ut ajunt calamo, fere ab ipſis reſtitutæ Juriſprudentiæ primordiis [1], diſputatum fuiſſe acriter de ejus effectu, & quidem omnium in jure maximo: An præterito filio nato, vel naſcituro, ſeu is Poſtumus verè ſit, ſeù habeatur Poſtumi loco, ut Aquilianus, & Vellejanus; uno verbo, Teſtamento Patris, alterutrius præteritione, aut nullo, aut rupto, univerſa hæreditas ex clauſula Teſtamento adjecta, in cauſam Fideicommiſſi vertatur, & tam Inſtitutio, quam cætera, quæcumque ſint, inflectantur, ſeu potius infirmato penitus Teſtamento, quæcumque relicta, aut conſcripta ſunt, evaneſcant, ac plenè ad inteſtati cauſam res redeat: Huic quæſtioni, nemo non videt, præbuiſſe ſaltem ex parte locum, diù agitatam quæſtionem alteram, An poſt Authenticam *Ex cauſa* differat amplius præteritio paterna, ſeù a paterna exheredatione, ſeu a præteritione, atque exheredatione materna, ita nimirum, ut Teſtamentum utroque caſu ſit æque irritum, aut ſit irritum primo tantum; Secundo autem reſcindatur unicè per querelam, nec ultra ſolam Inſtitutionem. Reſcindi dumtaxat nec fuiſſe receſſum a jure veteri, tenuere plurimi ejus ætatis, iique Interpretes [2] acutiſſimi, quouſque inſurrexit altera Schola, quæ *in communem*, [3] ut vocant ſubindè abiit; unde Fautor alterius Bartolus coactus eſt rem quaſi tranſigere, ac diſtinctione adhibita temperare, cui deinceps, ut fieri ſolet, alii alias adjecere diſtinctiones [4]. Nobis ve-

(1) *Accurſ. ad L. 1. Cod. de Poſt. hered. inſtit. Azo in Summ Cod. de liber. præterit. Petrus Jacob. Vetuſtiſſimus Interpres ad auth. Ex cauſa Cod. de lib. præterit. Alexand. ad auth. n. 17.*

(2) *Accurſ. loc. cit. Azo loc. citat. Odofredus, Oldradus, Martinus, Dinus, Butrigarius, aliique, inter quos Bartolus conſ. 13. n. 10. vid. etiam conſ. Oldrad. 138., & 149.*

(3) *Vid. Alexand. ad d. auth. n. 17.*

(4) *Videndæ apud Tiraqnell. ad L. Si unquam §. Cod. de revocand. Donat. n. 263. & ſeqq.*

vetus Sententia ſedet (1). Proponitur enim omninò nihil, quominus clauſula vires exerat, Teſtamento, & præteritione ab initio nullo, & agnatione Poſtumi rupto, ac vigente adhnc priſco diſcrimine inflectantur omnia ad Fideicommiſſum neceſſe eſt; ſola verò Inſtitutio corruat, eaque ſola in Fideicommiſſi cauſam deflectat, ſi injuſtè filius exheredatus a Patre fuerit, & a Matre ſive præteritus, ſive exheredatus injuſtè; Utroque caſu non per ſe irrito Teſtamento, ſed per querelam Inofficioſi reſciſſo. Ad primum, quod attinet, nullibi legas, ſi quicquam video, ademptas eſſe Clauſulæ vires, quique præconcepta opinione id aſſerunt, vereor, ne palam hallucinentur: Corruit enim Clauſulæ vis, corruente unicè Teſtamento ex defectu earum ſolemnitatum, quibus naturalis ſubſtantia afficitur, quæque internæ vocari ſolent. A veritate igitur aberraſſe viderentur ii, qui quod ad ejus effectum pertinet, comminiſcuntur diſcrimen inter Teſtamentum præteritione ipſo jure nullum, & agnatione Poſtumi ruptum, quaſi hoc etiam vix nato Poſtumo, ſi vivus naſcitur, non ſit nullum, ac prorſus irritum ipſo jure.

Quod verò pertinet ad ſecundum, eo libentius Sententiæ veterum adhæreo, quo magis diſplicent tot diſtinctionum circuitus, quot invexere Auctores ſequioris ævi, & quo impenſius diligo amicam legi ſimplicitatem. Nec præter allatas ab Oldrado, & Bartolo, aliæ potiores rationes deſunt; in primis verò ſi conferatur Authentica cum Novella, (2) unde excerpta eſt, eaque univerſa expendatur ſedulo, ac revocetur quoque ad germanum ſenſum, eruendum ex ea verſione, quam adornavit longè accuratius, ac verbum verbo perpetuo red-

---

[1] §. *Poſtumi inſtit de exhered. lib. Leg. 1. Cod. de Poſtum hered. inſtit.*

(2) *Novell. 115. cap. 3.*

Digitized by Google

reddens, Anteceſſor Julianus, qui ei præpoſuit quoque Epigraphen *de Inofficioſo Teſtamento*, non *de Irrito*, quæ vox certè videri poteſt in verſionem Anonimi irrepſiſſe, niſi dixeris, hunc Interpretem, qui etiam in aliis ſæpè cæcutit *pro Inofficioſo* vertiſſe *Irritum*, de quo Doctorum eſto *Judicium*.

Poſtremum, quod non omittam, in eo verſatur a Fideicommiſſis ſecernendas eſſe accuratius fideicommiſſorum figuras, quæ non raro, ut his affines, ſub eorum imagine incautos fallunt, conſilium (1) præſertim, & commendatio (2), ſcribentis auctoritas (3), miniſterium (4), quod vocant, nudum, ac ſubſtitutio directa. (5) Huic inprimis ſi ad rem, uti ſe habet, parum incumbamus, accepto ferri perſpicuè debet cauſa earum difficultatum, quibus Interpretes vetuſtiores (6) dixere obnoxiam Valeriani, & Gallieni legem, in qua verſamur (7), errorumque origo, in quos inciderunt. Putant in ea ſpecie fuiſse nullam Inſtitutionem ob Teſtatoris errorem, non concidiſse autem Fideicommiſsa, & Legata, quaſi ab inteſtato præſtanda ſint, teſtamento etiam irrito, & infirmata, aut nulla prorſus Inſtitutione, in quo videntur decipi. Haud enim animadvertunt, non inſtitui a Teſtatore puellam, ut adoptione effectam ipſius Filiam, quo caſu directis non precariis verbis Pupillaris ſubſtitutio concepta eſſet, adeoque diſtinguenda utraque attentè erat, ne ex utraque confuſa perperam, falſo etiam ar-

(1) *L. 77. §. 24. ff. de Legat. 2.*
(2) *L. 41. §. 6. ff. de Fideicomm. libert. L. 11. §. 2. ff. de legat. 3.*
(3) *L. 5. §. 8. ff. de adminiſtr. Tutor. L. 7. in princ. ff. de ann. Legat.*
(4) *L. 88. §. 1. ff. de legat. 2. junct. L. 78. §. 1. ff. ad S. C. Trebell. L. 17. ff. de legat. 2.*
(5) *Facit Textus in Cap. Si Pater de Teſtam. in 6. L. 5. C. de impub. L. 6. Cod. de Teſtam. milit. Novell. 159. Accurſ. ad d. L. 6. Bartol. ad L. Centurio 15. ff. de vulg.*
(6) *Azo, quique eum plurimi ſunt ſequuti. Vid. Cin., quoſque is laudat ad eam legem.*
(7) *L. 14. C. de Fideic.*

argueretur extitiſſe nullam Inſtitutionem, quæ certò conſtitit, quandoquidem adire, & non adire puella potuit, ex quo etiam apertè conſtat, nec inſtitutam uti filiam fuiſſe, quia tunc, ut heres ſua, nulla prorſus aditione eguiſſet. Eatenus vero ea non adita hereditate, defuncta, non conciderunt Fideicommiſſa, quatenus non agebatur de ſubſtitutione directa, ſed ſolum de precaria, & concepta *ſimpliciter*, ut Lex ait, Fideicommiſſis nempè relictis non ab ea dumtaxat, & ſolo caſu, quo deceſſiſſet ante pubertatem, & aditionem, ſed a quocumque etiam ab inteſtato, quandocumque puella defuncta eſſet; In quibus potiſſimus rei cardo, & germanæ Interpretationis non minus ratio, quam fundamentum, ni mea me prorſus opinio fallit, eſt conſtitutum. (1)

Ut autem perſpectior Lex ipſa fiat pro imbecillitate tamen ingenii mei tum ex ea, ſeorſim etiam aliquanto preſſius, ut eſt in more poſitum, exponenda: tum ex hactenus tumultuario potius labore, traditis, & congeſtis, quam expolitis, eruendas has Theſes duxi more, inſtitutoque Majorum mox diſputandas, ac defendendas, niſi ut par eſſet, ut meæ vires tamen infirmæ ſinunt.

THE-

(1) *Cujac. ad lib. 6. Cod. tit. 42. de Fideic. Govean. Lect. variar. lib. 1. cap. 1. per tot.*

Digitized by Google

THESES

Ad Leg. Eam, quam 14. Cod. de Fideicommiſſis.

I. Fideicommiſſa e Jure gentium orta

II. Naturalem obligationem, nondum etiam Civili prodita, exeruere.

III. Inducta tamen in fraudem legis, utrâque carent.

IV. Quâ Fideicommiſſa, tituli; quâ vero legatis æquata, modi ſunt acquiſitionis.

V. Non omnia verò in omnibus exæquata ſunt.

VI. Utraque licet Trebellianicæ, ſeu Falcidiæ ſint obnoxia.

VII. Quam portionem gravatus, qui ſolidum reſtituit, indebiti condictione non repetit.

IM.

Digitized by Google

IMPRIMATUR.

Nicolaus Maria De Vecchis Decanus, & Rector Deputatus.

IMPRIMATUR,

Si videbitur Rm̃o P. Mag. Sacri Palatii Apoſtolici.

F. M. De Rubeis Patr. Conſt. Viceſg.

IMPRIMATUR.

Fr. Vincentius Elena Rm̃i P. Mag. Sac. Pal. Apoſt. Soc. O. P.

Digitized by Google